

444

444

E 3

E

3

DISPUTATIO JURIDICA
DE
PROBATIONIBUS
& PRÆSUMPTIONIBUS.

QUAM
FAVENTE DEO
SUB PRÆSIDIO

Viri Amplissimi ac Consultissimi
D.D. PHILIPPI REINHARDI VITRIARI, U. J. D. ejusdemque in Illustri Academia Lugduno-Batava Professoris ordinarii.

Publica censura exponit
JOANNES GORDON, SCOTUS,
Auct. & Resp.

Ad diem 14 Junii horâ locoque solitis.



LUGDUNI BATAVORUM,
Apud ABRAHAMUM ELZEVIER,
Academiæ Typograph. MDCCLXXXIV.

Illustrissimis, nec non Generosissimis

DOMINIS

D. GEORGIO GORDON,

totius Regni Scotiæ Cancellario Magno,
Comiti Abredoniæ, Domino de Haddo,
&c.

NEC NON

D. GEORGIO GORDON,

Marchioni de Huntly, Comiti de Enzie,
Domino Gerdon, Badenoch, Strathdowne,
&c. Nobilissimæ suæ familiæ & nominis
Principi.

Hanc disputationem Juridicam
humillime offert

JOAN. GORDON,

Auct. & Resp.





DISPUTATIO JURIDICA

DE

PROBATIONIBUS & PRÆSUMPTIONIBUS.

CAPUT I.



Quantum utilitatis, commodi, & emolumenti, hæc probationum materia afferat, non opus est multis demonstrare: me enim tacente res ipsa loquitur, & quod per se laudatum est commendatione non indiget. Sufficiat in præsentiarum dixisse, neque jus, neque voluntatem defuncti, quicquam posse, ubi deficit probatio. *l. 30. ff. testam. tut.* eamque ob causam luci comparari, *l. ult. C. h. t.* lumenque veritatis appellari *l. 4. C. temp. & repar. appell.* Ad vocis ἐπιμοχρίαν quod attinet, num ab adverbio probe, quasi proba actio, ut videtur sentire *Mascardus quest. 3. vol. 1.* sive à probocum *Don. comm. h. t.* dicatur? non est quod multum solliciti somus: pugna enim est de lana caprina. Vocis igitur ἐπιμοχρίαν primo loco discutiendam proponimus. & apud Ciceronem constat

A 2

du-

duplicem significationem habere 1°. respectu nostri probamus
 ea, quæ nobis placent, vel accepta habemus; quomodo proba-
 tum vel approbatum opus dicitur quod ædificatum est ex senten-
 tia locatarii, idque approbante Cicerone his verbis, *probatio tua*
est, qui locas, & in jure nostro dicuntur probati fidejussores l. 10.
ff. qui satisd. cog. l. 75. §. non solum de min. probatum opus l. 36.
l. 38. & fin. ff. loc. cond. probata facta testis, l. 7. §. 2. *ad L. ful.*
repet. 2°. Respectu aliorum significat fidem alicui de re aliqua
 facere: quomodo Cicero etiam dicit probare causam, factum, cri-
 men, valetudinem, & imprimis judici de causa controversa ab
 eo decidenda *arg. l. 12. l. 19. ff. h. t.* & sic late notat rei apud
 judicem ostensionem *arg. l. 4. C. h. t. Mascard. de probat. vol. 1.*
quæst. 2. num. 17. & seqq. Quomodo jusjurandum, confessio, &
 rei claræ ostensio, & probatio illa, quæ fit per deductionem
 in rem præsentem *arg. l. 8. §. ult. ff. fin. reg.* & in hoc ultimo si-
 gnificatu hic accipitur secundum ea quæ dicimus *cap. 2.* Præ-
 sumptio, si probatio late accipiat, interdum est species proba-
 tionis, & indicia certa quæ jure non rejiciuntur comprehendit; non
 minorem probationis quam instrumentorum continent fidem
l. 19. C. r. vind. Vid. Bach. ad Wesemb. h. t. n. 14. Si probatio strictè
 accipiat, probatio & præsumptio sibi invicem opponuntur *h. t.*
Hahn ad Wesemb. d. l. n. 2. in fin. & probatio per se, præsumptio
 per ea quæ, certa sunt, fidem facit, *vid. Alciat. in tract. de præ-*
sumpt. & Mornac. ad l. 19. C. r. vind. confer de varia hujus vocis
 acceptione *Vnum. ad process. disp. 15. thes. 6. num. 31.* Ita consi-
 derata vocis ipsius significatione quid sit probatio? quis pro-
 bare debeat? cui probetur, quid probandum veniat, quando
 facienda, & ejus effectus affinia, & contraria videbimus.

C A P U T II.

Probatio apud DD. *vid. Goth. not. h. t.* varie definitur: & ab A-
 zone: Quod sit rei dubiæ per argumenta ostensio. Quam defi-
 nitionem sunt qui approbant, sunt itidem qui improbant ut in
 adæquatam, quia non tantum argumentis, sed testibus etiam fides
 fit, tum quod non modo rei dubiæ, sed etiam claræ ostensio sit.

Quibus objectionibus quidem respondere conatur *Wesemb.* ff. h. t. Nihilominus tamen aliam paulo ampliorem statuere maluit. Quod sit Actus judicialis & solennis, quo per instrumenta, aut testes, aut idonea argumenta, judici de re controversa fides sit. Aliter ab *Eccholt*, h. t. definitur, quod sit ostensio rei dubiæ apud judicem, quam definitionem reprehendit *Wisenbach*. & eam definit. quod sit: Intentionis suæ legitima fides, quam judici facit actor reus aut uterque. Quibus dictis, inter omnes definitiones propositas nobis maxime placet definitio *Wesembecii*; & rite hanc definitionem omne definitum comprehendere asserimus: & hæc de definitione. Hic non impertinens erit adjungere, quæ probationi sunt propria, atque primo requiritur ut sit libello conformis 2. ut sit concludens (i. e.) necessario id quod intendit inferat *l. pen. ff. h. t.* Ad probationem servitutis *Glyconis* de qua in libello facta est mentio: matrem ejus ac fratrem servilia fecisse ministeria non sufficit, per media enim impertinentia non debet fieri probatio *l. 22. C. h. t. & ibi Brunm.* Et si clausula ab Advocato sit adjecta salvo jure impertinentium & non admittendorum: tamen reo est facultas excipiendi de impertinentia probationis, & judici eandem rejiciendi, imo debet hoc facere, *d. l. 22. C. de prob. Bachov. ad Treutler. vol. 2. disp. 4. thes. 5.* sic non sequitur pater est ingenuus, ergo & filius, cum hic matris conditionem sequatur quoad natales *l. 28. C. lib. caus.* ita ut vulgaris sit regula inter practicos, non probat ad esse, quod contingit abesse, & probatio debet de necessitate concludere & ex separatis nihil infertur: quæ tamen dupliciter limitantur. 1. Si aliquid frequenter cum aliquo sit conjunctum, tum omnino valet argumentum licet interdum separari possint ut in *l. 17. h. t. et.* 2°. Si præsumptio sit una cum aliena conjuncta tunc onus probandi contrarium in adversarium rejicitur *l. 16. ff. h. t.* & hoc exemplo puellæ, ad quam juvenes solent diurno & nocturno tempore committere facete declarat *Brunm. ad l. 10. ff. h. t.* dicitur autem impertinens quæ nec per se nec cum aliis admitticulis ad causæ fidem facit. Præterea probationis proprium est, quod non sit dubia *l. 10. C. h. t.* probationes enim dubias & obscuras contra producentem interpretamur *Gail. lib. 2. Obs. 12.* Aliquando tamen admittuntur. 1. In illis quæ sunt difficilis probationis *Gail. lib. 2. obs. 93.* e. gr. in antiquis ubi secundum DD. lapis incisus probat in iis quæ occulte fieri solent; item, in iis, quæ in animo consistunt

hæc tamen ita obtinent in civilibus in criminalibus enim requiruntur probationes luce meridianâ clariores *l. ult. C. h. t. 2.* Obscuras admittunt in defensione reorum. 3. In causis summaris vide *Struv. Syntagm. I. C. Exerc. 28. Th. m. j.* 4. Neque debet esse incerta neque superflua *l. 2. in fin. C. h. t. Paulus Castrensis ad fin.* sui commentarii subjicit: aliud servari in foro admittique illas nihilominus à juridicis, quorum arbitrio postea relinquitur ut vel insuper habeant quod probatum est vel admittant. Fit enim hoc sæpius *Mornac. ad l. 2. C. d. t.*

C A P U T III.

Probationes varie DD. dividunt 1. In plenam & semiplenam *l. 3. ff. de jurejur. l. 3. C. de Reb. cred.* Plenam illam esse volunt quæ plenum fidem judici de re aliquâ facit: puta duo testes. An ad convincendum Imperatorem & summum Pontificem in causis civilibus sufficiant? (Nam in criminalibus non judicantur) vid. *Bach. ad Treut. vol. 2. Disp. 5. Th. 6.* Instrumenta publica; nam in *l. ult. C. de Fid. Instrum.* dicitur quod testes & instrumenta probationem indubitatam & plenam faciant. huc etiam aliquando referunt confessionem, juris præsumptionem, demonstrationem ocularem, juramenta, & consimilia: hæc tamen magis ab onere probationis relevant quam probant sicut bene advertunt DD. Dissentit Echolt. & alii. Semiplenam probationem dicunt esse illam, quæ non plenam fidem sed opinionem quandam inducit: hæc secundum DD. fit. 4. modis 1. Uno teste 2. Scriptura privata & comparatione literarum 3. *Fuga & 4. Fama. l. 3. §. 2. de Test.* Præcipue tamen prima & 2. talis dicitur, quæ proficit ad id, ut juramento suppletorio plena perfici possit, *arg. l. 9. C. de Test.* Si Testis unus sit exceptione major vel alia concurrant. Sic Mercatorum libri contignatis datis & acceptis adscripto die & expressa causa debendi ab integræ fidei homine moribus semiplene probant; & secundum quosdam morte comprobati plene *Mey. ad jus Lub. lib. 5. tit. 6. art. 4. n. 30.* Imo tribuitur omnibus rationibus legitime conscriptis, quod post mortem scribentis semiplenam inducant probationem, & hæredes ad juramentum credulitatis suppletorium admittantur *arg. l. 6. C. h. t. Struv. Syntagm. I. C. Exerc. 28. Th. 25.* si cum uno teste

teste concurrunt præsumptiones & causa sit Civilis etiam interdum plene probat: ut si sit impossibile vel saltem difficile plures testes habere. Si testis unicus sit publicus officialis *Hahn. ad Wesemb. de Test. n. 6.* Item si Notarius de Contractu super quo requisitus instrumentum fecit, testimonium perhibeat; Si enim extra officium suum deponat non habet vicem duorum Testium sed unius, nec ei creditur nisi jurato *Mev. p. 3. dec. 171. Brun. ad l. 12. Pand. de Test.* An Principis testimonium plene probet? dissentint DD. Alii simpliciter affirmant *arg. l. 19. C. de Testam.* Alii simpliciter negant *arg. l. 9. C. de Test.* Alii distinguunt an Princeps testetur de re quam ipse solus faciendi jus habet *vide Cap. un. de Prob. in Clem.* Aut de actu coram se suscepto, quod tunc solus admittatur *l. 19. C. de Testam.* an tanquam accusator vel Testis in judicio consiliat & quoniam hæc in re non Principis sed privati personam sustinet, assertio solius ad condemnationem non sufficit *Bach. ad Trent. Vol. 2. disp. 5. Th. 7. lit. A.* Sic accepimus de Francisci Primi testatione in accusatione illa memorabili qua Wilhelmus Poyetius Franciæ Cancellarius dignitate sua ignominiose motus est, atque exilio & gravissimus multarum irrogationibus multatus est. Cum enim inter Capita accusationis unum esset de quo solus Princeps sponte testatus fuerat blande tamen & obsequiose insuper habitum est illud testimonium, quia singulare erat: duobus enim ad minimum opus est, uniusque vox quantumvis ille sit quasi nullus est: *et prædictis cum lis in testimonio tota est vid. Mornac. ad l. 2. ff. de Test. de Summo Pontifice & Cardinalibus: Vide eundem. Papæ soli creditur, cujus tamen si aberrat memoria, excitanda obsequiose & ut ait Synodus Carthaginensis Canon. 133.* Si dicat Episcopus aliquem sibi soli crimen confessum & ille neget, ne existimet Episcopus id ad suam injuriam pertinere, quod ei soli fides non habeatur *vid. eundem Mornac. ad l. 8. C. h. & l. 2. ff. eod. junge Frantz. lib. 2. Resolut. 22. n. 17. Brun. ad l. 9. C. h. t.* Eam rursus in Gradus dividunt ut alia sit major Semiplena alia sit minor Semiplena. & hæc ad divisionem probationis in plenam & Semiplenam dixisse sufficiat. Altera divisio est quod omnis probatio sit vel artificialis vel Inartificialis ita Aristot. has duas divisiones Bach. in notis ad Wesemb. cogitat esse reconciliandas his verbis: neque vero divisio DD. in plenam & Semiplenam à divisione in artificialem

&

& Inartificialem aliena est sed omnino illius subdivisio: utique enim non ex omnibus testibus & Instrumentis fit probatio plena, & nonnulla argumentâ plenior, alia infirmior probacionem faciunt. Probationes artificiales sunt, quæ arte & industria probantis ex ipsa causâ ejusque circumstantiis deducuntur, sunt quæ vel necessariæ id est ex principiis physicis desumptæ & factæ applicatæ & ab ista, probatio strictè sumpta distinguitur *Rubr. h.* Probationes Inartificiales sunt quæ ad faciendam fidem extrinsece assumuntur ut Instrumenta; Testes, & sic Rhetores secuti Donell. & Duaren. rectè hoc modo diviserunt: ab his statuuntur plures divisiones & subdivisiones scil. Alia est probatio ordinaria seu Regularis alia extraordinaria seu irregularis; Præterea alia est probatio Simplex alia Violenta qua veritas per tormenta extorquetur *l. 8. & 9. d. de Quest.* Nec non in probationem in specie sic dictam quæ ad actorem pertinet & Reprobationem ad reum pertinentem. Adeoque his ita dictis de divisione, facile constat, quod probatio fiat vel per testes vel per Instrumenta: sed quia si aliquis generaliter solummodo loqueretur de probatione volumen ingens extruere posset: materia de Testibus & fide Instrumentorum directè hujus loci non erit: solummodo de illis loquuturi, quando Naturaliter à subjecto pendent. præterea ad hoc caput referri posset: an experimentum per aquam frigidam, an sanguinis eruptio per nares vel vulnera occisi, præsentè eo qui de homicidio suspicitur, an Fuga; Tortura, Duellum; & similia sint legitimæ probationes? quæ omnia omittimus & saltem de probatione per aquam & eruptione sanguinis pauca addimus. Et quidem super probatione per aquam varie disputatum est: quidam expresse tradiderunt, eam pro saga habendam esse quæ in aquam projecta submergere non potest: cordati tamen ipsis passim contradixerunt: imo periculosum esse si quis ob tam fallax & incertum indicium statim pro mancipio diaboli habendus sit: *Meland. lib. 2. quest. 39.* in suo super hac proba confecto tractatu *Bocer. de quest. cap. 3. num. 101.* eleganter ostenderunt. Idem etiam de duelli indicio statuendum: casus talis probationis memorabilis est quem ex *Frossardi lib. 3. an. 1387. refert Bæclerus in com. in Grot. lib. 2. c. 1. §. 15. in fin.* Senatus Parisiensis permisit accusatori viro nobili adversus reum itidem nobilem stuprum violentum alterius conjugii pertinaciter negantem singulari
certa-

certamine contendere ea conditione ut si reus vinceret uxor actoris flammis corpus actoris victi, patibuli ignominia puniretur. Sin reus duello succumberet corpus occisi à carnifice patibulo suspenderetur. Ac fuit quidem eventus iustæ causæ, reusque victus ignominia suspendii Notatus est. Sed hoc est tentare Deum & incerto eventui rem minime incertis rationibus definiendam permittere: quod vir gravis nunquam probaverit. Satius fuisset, vel absolvi reum quam causam totam in casum fortuitum dare. De sanguinis eruptione existimant quidam alii, quasi homicidium vero similiter probatum sit: si occisi cadaver in præsentia de homicidio suspecti sanguinem emittat. *Bocer. dec. 166. n. ij. Mascard. 1, præsump. 89. n. 128. & Cas. 276. n. 16.* rectius tamen est, si illam sanguinis eruptionem pro probatione dubia & incerta habeamus. *Heig. 2. quæst. 39. Bocer. de quæst. cap. 3. n. 27.* sanguinis enim illa effluxio aut naturalis est, aut præternaturalis: si illud ejus causa erit una & eadem, adeoque semper cadaver homicida præsentis, diffundit sanguinem: id quod non fit ut testat. *Theaur. dec. 173. n. 2. Heig. dic. quæst. 39.* Sic cum excedat ingenium iudicis ipsum de homicidia informare non potest; & sit nullam ex ea probationem admittere debet, cum ejus rationem reddere non possit: *l. 3. §. 1. de test. an autem sit indicium sufficiens ad toruram vid. Umm. disp. in process. 15. thes. 9. num. 54. Justin.*

CAPUT IV.

Ad quæstionem, quis probare debeat? sive cui incumbat probatio? prænotabimus axioma hoc usitatum Viz. Affirmanti regulariter incumbit probatio; & negantis nulla est probatio secundum *l. 2. ff. h. t. l. 21. 15. 5. eo. add. l. 23. C. h. t.* nam naturaliter quod negatur probari nequit nam non entis nullæ sunt proprietates nullæ qualitates & differentię *L. ejus si certum per.* Ideoque cum actor aliquid semper intendere solet semper probare debet *d. l. 21.* Reus vero non semper & non nisi excipiendo quid asserens ut si præsumptio contra eum militat *l. 25. h. t. l. 6. ff. don. int. vir. & uxor.* Et sic etiam excipiendo interdum

B

dum confiteri videtur v. g. Si alleget necessariam defensionem
l. 1. C. de probationibus Donell. lib. 25. Cap. 2. Interdum in sum-
 mariis causis; imprimis in remedio *Uti Possid.* Utrique parti in-
 cumbit probatio ut lites abbrevientur ut *Bald. l. 9. C. de excep.*
 ex qua etiam constat exceptionem non probari nisi antea actor
 suam intentionem probaverit: Idem in judiciis mixtis, quia uter-
 que actoris vices sustinet *Wesemb. ff. Reg. n. 7.* deinde causative ne-
 cesse est ut licet neget tantum intentionem actoris & hæc ab
 actore non sit probata, Reus tamen teneatur probare contrarium,
 si velit non tantum absolvi sed etiam se dominum vel ingenuum
 declarari *l. 14. ff. h. t.* Confer. *Brun. ad l. 2. & 5. ff. h. t. Vin. Se-*
lect. Quest. lib. 2. Quest. 12. Negatio non tam figura verborum
 quam vi & potestate æstimanda, nam multi videntur negare qui re-
 vera affirmant. Et in exceptionibus Reus est actor *l. 1. de Except.*
l. 19. d. h. l. 1. C. eodem. nisi forte Exceptio sit mere negativa,
 veluti non numeratæ pecuniæ; quamvis & hoc sit ex jure lingu-
 lari. His dictis utile erit observare distinctionem triplicem pro-
 positionis hujus negativæ scil. Facti, juris, & qualitatis. Nega-
 tiva Facti probari potest si negans seipsum eodem instante tem-
 poris illic non fuisse dixerit (Si de furto queritur) quo furtum
 factum est negativa juris ab eo probanda est qui in ea se fun-
 dat ut si quis neget Emptionem; & venditionem, locationem,
 & conductionem aut alia legitime confecta esse, illud pro-
 bare debet *l. 11. C. h.* quia omnia præsumuntur legitime & se-
 cundum juris dispositionem facta esse, donec contrarium pro-
 betur. *l. 1. §. 1. h.* Negativa qualitatis est si negetur in re vel
 persona qualitas requisita, puta si negatur aliquem solvendo
 esse; vel idoneum ad aliquod munus amplectendum. In hoc
 capite etiam Jurè se offert questio hæc, an possessor probare
 teneatur? quod absolute negamus, nisi raro, *l. 9. ff. d. R. V.* & in
 rebus Incorporalibus §. 2. *l. act.* ita limitant tamen hanc sen-
 tentiam, ut si contra possidentem sit jus commune, & præsum-
 tio juris, possessori etiam injungi possit probatio e. g. si quis sit
 in possessione vel quasi possessione juris venandi feras majores
 ex moribus non relevatur ab onere probandi *Carp. par. 1. Const.*
169. def. 23. idem ubi possessio rei est contra naturam rei ori-
 ginalem, possessio non relevat ab onere probandi, e. g. Eccle-
 siasticæ.

siastica res non præsumitur; ideo alicui rem ut Ecclesiasticam possidenti, injungenda probatio. Et Clericus titulum suæ possessionis edere tenetur *cap. 3. de off. ordin.* In 6. Vassalus titulum feudi *Carpz. parte 1. Iur. prud. Consisto. Consist. 27. Conf. etiam l. 14. h. f.*

C A P I T U L U M V.

Probandum est judici non adversario, *l. 12. in fin. d. h. l. 2. de edendo l. 1. C. de Con. ob. turp.* nam si adversario fides facienda esset in infinitum abiret lis, nunquam fides fieret adversario & ut *Olden. de probat. Rub.* quid sit probatio, recte dicit, si maxime quis ipsum solem pro ostendenda veritate in manibus gereret. Et sit judici fides, simulac probans legitimis probationum generibus usus est: ut tamen judex arbitretur quid & quantum probationi factæ tribuere debeat *l. 3. §. 1. de Test.* quo sensu probationes dicunt arbitrarias. Hic nobilis istius questionis, an judex debeat judicare secundum conscientiam an secundum acta & probata? breviter mentio est facienda. Alii, si propriæ & indubitatæ notitiæ judicis acta sint contraria ipsum secundum suam conscientiam, & non secundum acta & probata judicare debere affirmant, 1°. Quia judex secundum veritatem judicare debet *l. 13. in fin. C. de sentent. & Inter. l. 14. in principio C. de jud. Auth. qui semel C. quomodo & quando judex;* & vero veritas una est: ita ut Decantatum illud judicem habere conscientiam ut judex ex actis, vel ut privatus ex ipsa re sit falsum. 2°. Quia ad hoc juramento astringitur. *d. l. 14. in princ. C. de jud. & de jure novo secundum id quod sibi ipsi fuerit justius & melius authentica sed hodie C. eodem.* 3°. Quia acta & testificata non simpliciter in judicio valent sed ubi à judice fuerunt admittenda atque comprobata *l. 3. §. 3. & l. 13. de Test.* 4°. Quia judex testibus clare & plene probantibus ex causa fidem denegare potest *Bartolus in l. 21. de his qui not. Infam. at*

B 2

quæ

quæ major potest esse causa quam si indubitato iudex sciat testimonio esse falsa. Alii nihilominus secundum acta & probata judicare debere statuunt. *de quibus Struv. in Synagm J. C. ex 44. thes. 5. de responsionibus ad eorum objectiones, imprimis l. 6. §. Veritas. ff. de off. p[re]f. Franz. lib. 2. rescl. 22.*

CAPUT VI.

In hoc Capite discutiendum venit, quod probandum sit? & quidem secundum *l. 16. C. b.* Statuimus quod non jus sed factum probari debeat, & quidem factum illud quod dubium est, nam quod notorium est probatione non eget *l. 11. §. Empiorem de act. Empt. & vend. l. 1. §. 12. de oblig. & act. Sichard. ad Rubr. C. de probat.* esse quosdam refert qui etiam rei certæ & evidenti probationem constituent: sed merito hoc ipsi improbatur per cap. 3. *extra de Test.* & quæ notoria sunt allegantur tantum DD. vulgo. Quatenus tamen hæc evidentia & notorietas negatur probanda est, facile enim fieri potest, ut rei veritas plerisque perspecta sit, atque ita pro evidenti & notorio habeatur; quod tamen interim quidam sint qui eam nesciant vel saltem in dubium vocent *vid. Umm. Dict. Disp. ad process. 15. Th. 3. n. 15. Wesenb. & alii &c.* ideoque non male statuitur factum quasi objectum probationis *l. 9. C. de Collat. & 13. §. 2. de pub. in rem act.* Facta enim plerumque sunt dubia incerta & occulta jus autem certum & finitum est *l. 2. D. de jur. & pact. ignor.* De jure ipso nunquam disceptatur. Hoc tamen in casu *l. 5. ff. t. probandum esse alii volunt quos vide apud allegatum Umm. dic. disp. 15. th. 5. num. 17.* A quibus cum Duaren. DD. dissentiunt. Neque hoc probatur *ex l. 5. h. t.* quam pro se allegant quia hic nonnegatum est jus ipsum sed primario quod pars adversa non habuerit illam facultatem Testamenti facienda, donandi &c. quam alias regulariter quis censetur habere: & vocabulum jus non significat legem sed potestatem à lege concessam & sic directo probandum est factum concessio-

tionis, per consequentiam lex specialiter de hoc lata *vid. Bachov. ad Wesenb. & Hahn. num. 6.* Consuetudo introducta itidem non probatur sed introducenda: idem accedit interdum in statutis *Struv. Syntagm. Jur. Disputat. 28. Thes. 8. in fin.* Si jus non omnino sit certum sed DD. diversis opinionibus dubium reddatur? quid si admitterentur casus pro amico? quid si ipse iudex de jure dubitaret? *vid. l. 79. §. 1. de jud.* Omnibus his casibus juris veram probationem non dari statuimus: quæcunque enim ejus probatio est, est ex ipsis legibus, & non tam est probatio legis quam legis allegatio; & non est legis probatio sed applicationis quam nos facimus *Menoeh de præsumpt. l. 1. num. 4.* & simulac de hac dubitatur incidit in quæstionem facti *vid. Bach. in Treut. vol. 2. Disput. 4. Th. 1.* & sic recte æstimant plurimi DD. quos sequimur.

C A P U T VII.

Procul dubio conveniens est, quod lite pendente fiat probatio: hoc est dicendum, antequam sententia decisoria lata fuerit, jure enim communi terminus probandi arbitrarius est & à iudice assignandus *Auth. sed & si quis C. de Testam.* sive ante sive post litem contestatam fiat, nam & ante & post eam probari potest: ut in examinationibus quæ fiunt ad æternam rei memoriam *dic. Auth. C. de Testam.* & permodum simplicis inquisitionis *cap. 5. §. sunt & alii Extra.* ut lite non contestat: secundo ubi ex conventionem circa solemnem ordinem litigatores pro credunt *l. 3. C. de privileg. Schol.* quibus addi poterit tertio de probanda exceptione dillatoria, & exceptione peremptoria privilegiata, *l. penult. & ult. C. de Except.* *Hahn. ad Wesenb. num. 9.* ubi quod *Bachov. de instrumentis notat. rejicit ex Cujac 18. obs. 34.* nam si hoc non esset, lites essent perpetuæ quod Reipubl. incommodum adduceret,

nihilominus tamen admittuntur probationes post sententiam
 latam si instrumenta ignota vel nova sint inventa vel si testes al-
 liqui produci possunt antea ignoti.

C A P U T VIII.

In quo proponimus discutere probationis effectum, qui est
 quod veritate rei ex idonea & fide digna probatione per-
 specta, iudex sententiam certam ferre possit & litem diri-
 mere *l. 14. D. h. l. 2. C. de Edendo l. 3. §. 2. de Testam.*
 hicque si limites Methodi nostræ non excederet & prolixita-
 tem tali occasione ineptam non induceret, de habilitate vel inha-
 bilitate testium longe discurrere possemus, quibusque
 præ cæteris fides adhibenda sit: sed ob rationes prædictas
 sufficit hic notare quod magis fides indubio testibus rei, quam
 actoris adhibenda sit, *arg. cap. literis extra de Testam.*
 testibus oculatis quam auritis: qui tamen aliquando admittun-
 tur quando supra memoria rei, utrum hominum memoria fa-
 ctum sit vel non factum sit, testes sunt examinandi; hinc quan-
 do Immemorialis præscriptio probanda, testes deponunt, quod
 nec ipsi aliter viderint neque à parentibus aliter audiverint,
 neque memoria hominum aliter referat: & licet Seneca hos te-
 stes vocet secundæ notæ tamen ab antiquis adhibiti sunt: im-
 mo interdum isti qui se credere vel arbitrari dicunt *Cujac. lib. 3.*
 obs. 26. æque etiam fides major pluribus quam paucioribus si
 ejusdem honestatis & famæ sint adhibenda, affirmantibus
 quam negantibus: dignioribus quam humilioribus, senio-
 ribus quam junioribus, masculisque quam fæminis sed hoc fal-
 lere putat *Tiraq. de Nobil. c. 20.* cum fæminæ: sint nobiles ma-
 sculi vero ignobiles, rectius tamen *Anton. Matth. judicis pru-*
 dentix relinquit, Sernv. in Synt. J. C. exer. 28. thes. 49. in
 fin. l. 3. l. 21. §. 2. b. l. ult. C. de fid. Instit. circa quæstiones
 & dubia ad subiectum pertinentia hic mihi non erunt multa di-
 cen-

benda, sed paucula ad materiam præsumptionum dicturus
 sum. Præsumptio enim est probabilis conjectura ex certo signo
 proveniens quæ alio non adducto pro veritate habetur. Quæ de-
 finitione tradita: eam dividimus primo, in præsumptionem ho-
 minis secundo, juris tertio Jure & de jure. Præsumptio hominis
 est verisimilis aliqua conjectura sed quæ sine aliis adminiculis fi-
 dem solide non facit *l. 5. & 6. C. h.* quandoque igitur contra
 reum militat præsumptio statim illi injungitur probatio *l. 5. §. 6. de re milit.* Alii præsumptionem hominis subdistingunt, in
 Temerariam, probabilem, & necessariam sive vehementem,
 violentam & apertam. Quam sub distinctionem merito ut ju-
 re incognitam omittimus. Indicia autem ex quibus præsumptio
 sumitur recte possunt dividi in necessaria; verisimilia seu proba-
 bilia, & levia seu dubia & incerta. Ad indubitata referunt,
 si quis nudus cum alterius uxore nuda in lecto repertus sit, quod
 sit adulter *C. literis 12. de præsumpt.* quo non refertur osculum aut
 Papillarum facta contrectatio. Aliud exemplum est in *l. 6. his
 qui sui vel alieni juris sint.* Marito mortuo si uxor post mensem
 undecimum completum pariat *N. 39. cap. 1.* præsimitur quod post
 mortem mariti cum alio concubuerit. An huc referri debeat? Vir-
 ginem non esse quæ in mammis lac hibeat. consule Medicos:
 An si navis in qua vehebatur maritus interiit præsumat mor-
 tuus *confer. cap. quoniam frequenter §. si autem juxta Gl. X.* ut lite
 non contestata *Brun ad l. 7. C. de Repud.* Ad probabilia refe-
 runtur ea de quibus dicimus quando de præsumptione juris age-
 mus: huc etiam refertur quod quælibet res præsumat libera &
 servituti non obnoxia *l. 3. & 9. C. de servitut. & aqua* sic de
 territorio præsimitur esse, quod intra territorii fines situm est
l. 1. §. de off. præs. urb. l. pupill. §. Territor. de verborum signif.
 Ad dubia refertur, qualis Pater, talis Filiis: præsimitur enim
 Patris filius similis *accurs. in l. quod si notit. §. mancipia de adilit.*
edict. levis enim hæc est præsumptio: Et Heroum filii noxæ
 & à pessimis parentibus optimi sæpe liberi nascuntur; *Con-*
fer. l. 10. C. h. An hæc præsumptio sufficiat in Crimine
 Læse Majestatis ad puniendos liberos inquit *Grotius lib.*
2. cap. 21. §. 13. de Jur. Bell. & Pac. Ziegler. atque alii:
 in notis ad dictum locum. Præsumptio juris est quæ lege
 ex.

ex probabilibus rationibus civilibus circa negotium ali-
 quod inducitur, ac ita inductum, pro veritate habetur usque
 dum probationibus vel præsumptionibus in contrarium legi-
 time elidatur. Rationes istæ ex tribus sumuntur regulis.
 prima est, illud semper præsumitur adesse quod natura aut
 lege requiritur, E. G. Parentes præsumuntur amare liberos &
 illis optime consulere, l. 7. C. de Curat. furios. l. 3. §. 1. de
 Administ. Tutor. etiam in minoribus præsumitur inconsulta igno-
 rantia l. 3. ad S. C. Maced. & tot. tit. de min. æque in seni-
 bus prudentia præsumitur, in mulieribus timiditas, imbe-
 cillitas, & Avaritia sæpissime. l. 33. §. 1. in fin. de donat.
 inter virum & uxorem. l. 2. ad S. C. Vellian. l. 4. C. de nupt.
 In omni homine sensus communis Religio & potentia gene-
 randi l. 14 C. de Testam. l. ult. C. ad legem. jul. repet. l. 6. in
 fin. de his qui sui vel. secundo præsumptio est, quod non sit muta-
 tio sed res præsumuntur in eodem statu manere l. 22. h. quo
 pertinet quod qui semel malus semper malus esse æstimatur
 &c. Tertia præsumptio est, quod debet fieri in meliorem par-
 tem, quo spectat quod quilibet in statu civili bonus præsuma-
 tur l. 51. d. pro socio. Membrum tertium divisionis est præsump-
 tio Juris & de jure, juris quia jure introducta est, de jure quia
 de tali præsumptione lex inducit firmum jus & eam proverita-
 te habet ita ut non admittat probationem in contrarium l. 23.
 C. ad S. C. Vellian. l. fin. D. ad S. C. Maced. confessione tamen
 judiciali & notoria veritate ipsiusque rei evidentiæ hæc quoque
 infringitur. Affinis præsumptioni est Fictio: quæ est legis adver-
 sus veritatem in re possibili ex justa causa dispositio. Differunt
 tamen hæc duo primo materia, quod Fictio fit adversus verita-
 tem, præsumptio in veritate aut verisimile & incertum præsu-
 mit, secundo forma differunt nam Fictio legis est definitio præ-
 sumptio tantum legis est opinio. Tertio differunt effectu ita il-
 la valet ut legis definitio & adversum probare non licet. Hæc
 tantum ut probatio, ideo contra eam probari potest, exce-
 pta præsumptione juris & de jure quæ pœne in Fictionem ca-
 dit nisi quod ea sit contra veritatem, hæc secundum veritatem,
 aut illud quod verisimile est. Fictio vero est vel affirmativa &
 positiva pr. J. de excus. tut. vel negativa & privativa §. 5. J. de
 act.

ad. vel Translativa primo à persona in personam l. 1. §. 12. de
vi & vi armata 2do de re ad rem ut in fictione brevis ma-
nus l. 1. C. de donat. Tertio, de loco ad locum ut præsens
pro absente habeatur quarto, de tempore ad tempus ut in
postliminio & L. Cornelia; quod hæres statim à morte
testatoris præsumatur adiisse hæreditatem: Alii faciunt duns
species Fictionis scil: Legis Corneliæ & postliminii Azo e-
jus species ad decem prædicamenta revocavit: nos sequimur
veram & communem opinionem. Fictiones fieri possunt ab
impossibili v. g. quod in utero, etiam ante quam partus vi-
talis est, pro nato habeatur l. 26. de statu hominum quia
ratio Fictionis non sumitur à possibilitate, sed ab æquita-
te naturali; & licet natura rerum à Fictione mutari non
possit; effectus tamen à jure mutantur Hahn. ad Wesenb. de
probat. num. 15. in fin Contraria præsumptioni & probatio-
ni sunt probatio veritatis in contrarium, reique impossibilitas
& absurditas.

COROLLARIA.

I.

Supremus Magistratus legibus civilibus solutus est.

II.

*Jus naturale divinum & humanum
Majestati potestatem tribuit non minus circa sacra quam politica.*

III.

*Leges humanæ subditos obligant quoad
conscientiam.*

IV.

Fides hosti data est servanda.

V.

Jus naturæ est immutabile.

VI. De

V I.

Dolus dans causam contractui bonæ fidei eum reddit ipso jure nullum.

V I I.

Duo testes omni exceptione majores plenam fidem faciunt.

V I I I.

Affirmanti regulariter incumbit probatio.

I X.

Probatio fit aut per testes aut per instrumenta.

F I N I S.

